



CONTEXTO JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA EXPLOTACIÓN MINERA Y EL DESPLAZAMIENTO DE LA POBLACIÓN

A pesar de que la historia de la explotación minera en el país es de larga data⁵, en el presente siglo se han acentuado dos elementos que, a través del estudio de caso propuesto, merecen atención. En ese sentido, se observa una resignificación de la importancia de la minería para el desarrollo económico. Al respecto, vale la pena indicar que desde 1992 los sectores dirigentes señalaban la necesidad de generar crecimiento económico a partir de la inversión extranjera directa (IED), contexto en el que se destacaban la minería y el sector energético como una buena posibilidad de generación de riqueza para el país, particularmente a través de la explotación de carbón, petróleo y níquel (Fierro, 2012). En el 2000, por ejemplo, el entonces ministro de Minas y Energía Carlos Caballero Argáez llegó a sostener que la mejor forma de aprovechar plena y racionalmente los recursos naturales era a través del incentivo a la inversión privada: “La función estatal no es competir con el sector privado, sino apoyar a los empresarios, facilitar su trabajo y garantizar la estabilidad y viabilidad de las grandes inversiones que demanda la industria minera” (p. 38).

Esta tendencia se ve expresada en el número de títulos mineros que se han otorgado desde el 2000, los enfoques adoptados por los últimos Planes de

.....
5 Señala Poveda (2012) en este contexto: “Durante los primeros años del siglo XX los metales preciosos siguieron siendo los únicos productos de la minería nacional. [...] En 1930 y 1937 aparecieron las dos primeras cementeras que iniciaron la explotación de yacimientos de calizas. En 1941 se llegó al punto máximo de producción de oro, que desde entonces entró en un largo periodo de declinación. [...] Entre 1950 y 1990 el aporte de la minería (incluyendo el petróleo) al producto bruto interno del país permaneció por debajo del 5%. En 1971 Estados Unidos liberó el precio en dólares del oro (que era desde 1934 de 35 dólares la onza troy) y la minería de este metal volvió a reanimarse. Y a mediados de los años ochenta comenzó la exportación en grande de carbón de El Cerrejón” (p. 35).

Desarrollo⁶ y la emergencia de nuevos fenómenos de desplazamiento de poblaciones asentadas en lugares donde se desarrolla la actividad o donde esta genera impacto.

Como se mencionó, durante la primera década del siglo XXI la actividad minera en el país tuvo un aumento significativo. Aunque la importancia de la minería se ha incrementado, esto no tiene un reflejo en la representación del sector minero en el PIB, que en el 2013 fue de 2% (Portafolio, 2013a), razón por la cual se plantea un escenario problemático debido a una alta dependencia que genera poco valor agregado (Garay, 2013a, p. 46; Garay, 2013b, p. 141).

Adicionalmente, es pertinente estudiar los discursos de los gobiernos de los últimos años y algunos enfoques investigativos atinentes al papel de la minería como elemento fundamental en el desarrollo y crecimiento económico del país. Sobre estos últimos se puede traer a colación el Plan Nacional de Desarrollo Minero 2019, en el que se resalta que “se adoptó como visión la formulación de que en el año 2019 la industria minera colombiana será una de las más importantes del continente y habrá ampliado significativamente su participación en la economía nacional” (Unidad de Planeación Minero Energética [UPME], 2006, p. 67).

Asimismo, Fedesarrollo (2013) no ha dudado en exaltar las ventajas de la minería y su pertinencia para el desarrollo de la economía colombiana:

El sector minero juega un papel relevante en la economía colombiana. Su creciente importancia se ha dado, en parte, como consecuencia del aumento internacional del precio de los *commodities* y de un mejor entorno para la ampliación de la producción minera local (p. 5).

6 En el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, *Hacia un Estado Comunitario*, se concibe la exploración y explotación de hidrocarburos y energía como estrategia para impulsar el crecimiento económico sostenible y la generación de empleo, dentro de lo cual se prevé el estudio de nuevos mecanismos contractuales para la celeridad y mejores beneficios con el crudo, transformación de la regulación de los precios de los combustibles, una reestructuración institucional y la promoción de concesiones que permitan aumentar el nivel de producción de minerales y una ampliación de las áreas de exploración para los mismos procesos (pp. 109-115). Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, *Estado comunitario: desarrollo para todos*, si bien no define de manera estructural, al menos dentro de la estructura del Plan, el sector minero energético como una estrategia centrada y orientada a la consecución de un objetivo específico, reconoce que la explotación de recursos mineros representa el 75% del comercio exterior (p. 262), reitera la importancia de promover la inversión privada en la exploración y explotación minera (p. 275), a partir de lo cual se espera lograr la meta de explotación de carbón las 100 toneladas por año al 2010 (p. 281). Adicionalmente, dentro de los proyectos de las entidades territoriales, entre otros, prevé la construcción de un Centro Multisectorial Minero en el departamento del Cesar (p. 696). El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, *Prosperidad para todos*, por su parte define como una prioridad de las metas de Gobierno lo que denomina como *locomotoras* para el crecimiento y la generación de empleo las estrategias de desarrollo minero y expansión energética. En este documento se reconoce que “el desarrollo y dinamismo del sector minero energético mostrado durante la última década ha sido el resultado del incremento en la potencialidad de los recursos del país, de una creciente apertura a la inversión y de la estabilidad en los marcos normativos y regulatorios” (p. 275). De esta manera, se fija como metas la garantía de acceso a los colombianos de recursos para su abastecimiento y la explotación de recursos que maximice la contribución al desarrollo sostenible del sector minero-energético (pp. 276-277). Es de resaltarse que la promoción a la exploración y explotación sigue siendo uno de las estrategias centrales para el fortalecimiento del sector. Por último, dentro del documento de bases del Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2014-2018, el Departamento Nacional de Planeación manifiesta que “el sector minero energético jugará un papel clave en garantizar el desarrollo económico sostenido e inclusivo. Su tarea será, por un lado, asegurar que la economía tenga fuentes de energía competitivas que le permitan a la economía crecer y generar empleo, mientras que al dar acceso a energía y combustibles contribuirá de forma directa en la reducción de la pobreza. Por otro lado, el sector generará importantes recursos para financiar las inversiones que van a requerir la construcción de la paz, la educación y las políticas sociales en la lucha contra de la desigualdad” (p. 60).

Esta entidad ha señalado que la minería puede llegar a ser una “jalonadora” del desarrollo económico, si se cumplen algunos requisitos en el país concernientes a una institucionalidad fuerte⁷, eslabonamientos alrededor de la minería, mejoramiento del recurso humano y entornos macroeconómicos estables. No obstante, Fierro (2012) indica en este sentido:

Ya se expuso de manera rápida la debilidad institucional y la falta de gobernanza sobre el sector minero, que la apuesta minera no se centra en los eslabonamientos hacia adelante (evidente cuando casi la totalidad de la locomotora minera se basa en carbón y oro) y que no se ha documentado ninguna transferencia tecnológica ni de conocimiento de la gran minería a cielo abierto a los proyectos de pequeña y mediana escala; de la posibilidad de que un país dependiente en el concierto internacional pueda manejar los entornos macroeconómicos no se hace ninguna referencia acá. Lo anterior permitiría inferir que de acuerdo con los postulados de Fedesarrollo es absolutamente imposible que la minería se constituya en una jalonadora de desarrollo, incluso en la acepción más clásica de tal concepto (que no incluye el deterioro ambiental ni el social) (p. 48).

Otro elemento significativo del discurso oficial frente al desarrollo de la minería es la convicción de que a través de la flexibilización de políticas laborales, ambientales y tributarias⁸ se incentivará la inversión extranjera directa (IED), lo cual eventualmente jalonará el desarrollo económico, social y tecnológico del país (Tierra Digna, 2013). Partiendo de la perspectiva geopolítica y global del mercado minero, podemos observar cómo el discurso gubernamental que se cristaliza en la política minera es un derivado de los postulados del Consenso de Washington o modelo neoliberal, como, por ejemplo, la disciplina financiera (el deber de mantener por todos los medios el déficit fiscal en cero), la liberalización del mercado, la flexibilización del régimen laboral, la desregulación de los mercados, la apertura a la inversión extranjera directa y la privatización de las otrora empresas públicas (Williamson, 1990). Algunos autores sintetizan este fenómeno como “adelgazamiento del Estado”, eliminación de barreras comerciales e incentivo a la inversión extranjera (Fierro, 2012, pp. 16, 36).

7 Sobre el problema de la debilidad institucional en el control y fiscalización de la actividad minera, Fierro (2012) señala la falta de destinación de personal para este tipo de actividades en las entidades que tienen tales funciones, su falta de recursos e incluso algunos problemas de corrupción.

8 Si bien se ha sostenido que el sistema de regalías es la principal forma mediante la cual el Estado y la sociedad se benefician de la actividad minera, Fierro (2012) asume una posición crítica al sostener que “no obstante las quimeras de oro, Rudas (2010) demuestra que para el año 2009 las exenciones tributarias al sector minero fueron del 75% de los ingresos por regalías y, en particular, es escandaloso el hecho de que para la minería que no es carbón (oro, esmeraldas, materiales de construcción, calizas y sal, entre otros) las exenciones fueron mucho mayores que las regalías, dejando en evidencia la falta de sustento en la argumentación en el sentido de relacionar las exenciones con estrategias relacionadas con la confianza inversionista establecida por el primer gobierno de Uribe Vélez” (p. 67). Por otra parte, en una investigación de Fedesarrollo (2013) se sostiene que el valor recibido por el Estado por concepto de regalías ha tenido una tendencia al alza y ha significado importantes recursos para el Estado en los últimos años: “El valor pagado por concepto de regalías en el sector minero pasó de 285 mil millones de pesos en el año 2004 a 1,96 billones de pesos en el año 2012. Esta cifra asciende a 2,03 billones de pesos cuando se tienen en cuenta los rendimientos financieros de las regalías recaudadas durante el último año. Cuando se observa el pago de regalías al interior del sector, el carbón es el mineral que tiene mayor participación, seguido del níquel y el oro (82,2%, 10,3 % y 6,8% respectivamente para el año 2012). Por su parte, los hidrocarburos pasaron de aportar 2,6 billones de pesos en el año 2004 a 8,5 billones de pesos en el 2012” (p. 13).

La Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía⁹, resume la adopción del Consenso de Washington así:

Desde comienzos de la década de los noventa, los países latinoamericanos han ajustado sus normas internas con la intención de atraer inversión extranjera directa —IED— para minería. Colombia no fue la excepción y en 2001 expidió la Ley 685 —Código de Minas— en la búsqueda de fijar reglas claras para los inversionistas mineros (p. 11).

En la misma línea discursiva se suele hablar de las ventajas comparativas y la competitividad¹⁰, donde se parte de este supuesto:

Dado que la ventaja comparativa de Colombia es la extracción y exportación de minerales y energía, los últimos gobiernos han priorizado el incentivo a que capitales extranjeros inviertan en el país, de este modo la evolución de la Inversión Extranjera Directa durante el siglo XXI ha tenido un crecimiento exponencial (Soler Villamizar, 2012, p. 8).

Por ello, en los discursos del Gobierno Nacional y el sector minero se mencionan con insistencia múltiples estudios a partir de los cuales se construyen *rankings* internacionales que clasifican a los países de acuerdo con lo atractivos que resulten para la inversión. Se tienen en cuenta aspectos como el contexto político, la tributación y las restricciones para la minería, lo que hace necesario que los países que buscan ser competitivos y atractivos a la inversión brinden las facilidades legales, laborales, económicas y tributarias para el desarrollo de esta actividad económica (Fedesarrollo, 2013).

Así, la inversión extranjera poco a poco se ha convertido en el principal objetivo de la estrategia de desarrollo, al menos en lo que respecta a la locomotora minera, y en torno a ese fin se desplaza una serie de factores que permiten la consecución de dicho objetivo. Un ejemplo de ello son los elementos publicitados por el Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) en su página web, en la sección “Información para inversionistas”, donde se exponen las razones por las

9 Ley 143 de 1994, artículo 13: “La Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del Decreto 2119 de 1992, se organizará como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica y con regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones y con autonomía presupuestal”.

10 En un documento de la International Resources Investment Corporation del 2009 (citado en Fierro, 2012) se identifica que se tiene “como una recomendación de política flexibilizar aún más los requerimientos laborales y evaluar una disminución de regalías, y en ello es evidente que la confianza inversionista planteada por el gobierno de Uribe es altamente lesiva para los intereses de Colombia. Es evidente de la lectura del documento que no se cumplió el objetivo de evaluar y recomendar políticas para el sector minero colombiano sino que, en cambio, se transcribe el recetario del Instituto Fraser para mejorar ‘el clima de inversión’ favorable a los grandes capitales transnacionales, que son los actores fundamentales que desean atraer los gobiernos a lo largo y ancho del Sur Global” (p. 56).

cuales Colombia es la mejor opción para el capital extranjero. Entre ellas se señalan múltiples factores: “[Colombia] cuenta con el segundo régimen laboral más flexible de Latinoamérica según el Banco Mundial 2008”; “es líder en reformas para facilitar los negocios según el Banco Mundial (2010), escalando 42 posiciones del 2007 al 2010 se ubica en el puesto 37 entre 181 países”. Señala además que existen varios tipos de zonas francas, se permite que los inversionistas suscriban contratos de estabilidad jurídica con el Gobierno colombiano, con una duración entre 3 y 20 años, y solo deduce un “15% de impuesto sobre la renta y [...] dependiendo del sector, se puede presentar exención de renta por 20 años en varios sectores”.

Como lo anotaba la UPME, la expedición del Código Minero (Ley 685 de 2001) se configura como la adopción de los postulados del neoliberalismo. Así, y en conjunto con los datos publicitarios del SIMCO, podemos visualizar el discurso gubernamental acerca de la política minera y la concepción de Estado que implica, esto es, como ente facilitador de la actividad minera, promotor del desarrollo sostenible a partir de esta actividad y fiscalizador del aprovechamiento minero. En este sentido, el Gobierno se ha preocupado por generar confianza en el mercado internacional mediante la promoción de una eficiente y organizada institucionalidad minera, como lo hizo en el 2013 en la Asociación de Exploradores y Productores Mineros de Canadá (PDAC).

Esta situación ha evidenciado la división dentro del ejecutivo, entre los ministerios de Minas y Energía y Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible; división que se ha incrustado en la “lógica” del poder legislativo: la concepción de la política minera como un ordenamiento omnimodo e independiente. En este contexto la política ambiental y el ordenamiento territorial son reglamentaciones de inferior categoría que se subsumen en la legislación minera, las cuales deben ser organizadas desde la perspectiva de esta última¹¹. Un segundo componente de la apuesta del Gobierno acerca de la política minera es su decidido énfasis en los componentes económicos de esta: sus resultados y proyecciones, que usa como legitimantes de la opción política elegida, los utiliza insistentemente como prueba el incremento del PIB y la inversión extranjera bruta para demostrar la eficiencia de su programa minero (UPME, 2012a, 2012b).

Como hemos visto en las últimas páginas, el contexto de la explotación minera requiere de los antecedentes en el campo económico, jurídico, político, social y ambiental. En el apartado referido se explicitó un especial énfasis en los referentes económicos con el fin de ilustrar cuáles han sido los imperativos que se han

11 Una prueba fehaciente del conflicto entre ambos ministerios está reflejado en la declaratoria de Áreas Estratégicas Mineras (AEM) por parte del Ministerio de Minas y Energía, mediante resoluciones 180241 y 0045 de 2012, de 2,9 (Chocó) y 22 millones (Amazonía) de hectáreas, respectivamente, la cual fue replicada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través de la Resolución 1518 de 2012, en virtud de la cual se suspenderían las solicitudes de sustracción de la reserva forestal de la Amazonía para actividades mineras hasta tanto no se zonifique y reordene dicha reserva.

impuesto y han moldeado la actual situación de la explotación minera en Colombia. Como es ostensible, las decisiones políticas de los últimos gobiernos en Colombia respecto de la actividad minera y de gestión de los recursos naturales en general se han tomado con base en criterios primordialmente —si no exclusivamente— económicos.

A pesar de ello, para estudiar de manera integral el fenómeno minero, se hace necesario incluir otros campos de conocimiento y entender que la actividad minera no solo compromete la política minera propiamente dicha, sino además la política ambiental, la política de derechos humanos y de salud y, por supuesto, la política económica. Por ello, para configurar el esquema normativo que regula la actividad minera en Colombia, se hará mención no solo del Código Minero, sino también de las regulaciones ambientales como el proceso de licenciamiento, así como de la situación de algunos derechos de los ciudadanos colombianos que cobran relevancia respecto a la minería; derechos como la consulta previa, la participación, la información y el territorio.

Contexto jurídico de la minería

En lo que se refiere a la regulación normativa para la minería, Trujillo (2012) presenta una reconstrucción histórica de la legislación y plantea la hipótesis de que a lo largo del tiempo no ha habido más que improvisación y desconocimiento de los impactos del largo plazo de esta actividad. El reconocimiento de nuevas técnicas y realidades en el ámbito minero hace urgente plantear nuevas regulaciones que respondan a las nuevas situaciones, del mismo modo que con los derechos ambientales y sociales de las comunidades ubicadas en zonas aledañas a la exploración, la explotación y el transporte de minerales.

En un sentido similar, Fierro (2012) indica que “el país minero”, las disposiciones jurídicas y la institucionalidad que se han construido alrededor de este se encuentran desligados de los impactos sociales y ambientales que se puedan causar; todo ello por el exacerbado énfasis en el crecimiento y el desarrollo económico basados en una política de libre mercado, ausencia de regulaciones y primarización de la economía colombiana.

En el siglo XVI, con la ordenanza de Gaspar de Rodas de 1587, se regulaba la explotación a través del registro de minas y el anuncio de descubridores, a la vez que se indicaba la titularidad del subsuelo en manos de la Corona, separando la propiedad de la tierra y la explotación minera. Posteriormente, tras la declaración de Independencia, Bolívar expide el Decreto 24 de 1828,

donde se ponen todos los recursos mineros en cabeza de la nación, se regula la explotación y se abren las puertas para la posterior nacionalización de minas de esmeraldas y carbón.

Durante el periodo federal, en 1884 se expide el primer Código de Minas en el estado de Antioquia, que más tarde se adoptaría en el ámbito nacional y empezaba a autorizar la privatización de la actividad minera con las concesiones a través del pago de una compensación anual:

Por primera vez se regulan también las servidumbres y el acceso al agua necesaria para la explotación, aunque no se pensaba aún en el impacto ambiental negativo. Novedad adicional es la diferencia entre la propiedad superficial y la subterránea. Se da preferencia al interés del dueño del suelo, en caso de existir pleitos con los mineros (Trujillo, 2012).

Desde 1921 se reconoce en Colombia el *derecho de pobres* a recoger minerales en los lechos de los ríos y desarrollar pequeñas actividades de minería artesanal; no obstante, en los últimos años la tendencia ha sido a criminalizar la minería artesanal tradicional y confundirla con la minería ilegal, a pesar de los leves impactos que causa en relación con aquella que cuenta con grandes medios de explotación y alteración del ambiente (Trujillo, 2012).

El primer Código Minero formal en Colombia fue el Decreto 2655, expedido en 1988¹². Este prescribía, entre otras cosas, que el subsuelo y la totalidad de recursos naturales no renovables del suelo pertenecían a la nación y que el Estado sería empresario a través del sistema de aporte. Además, regulaba la actividad minera en sus diferentes etapas de prospección, exploración, explotación y beneficio, y establecía una categorización de los diferentes tipos de títulos mineros. Como puede observarse, el código de 1988 ya incluía algunos principios que más tarde adquirirían calidad de constitucionales, pero que en gran parte desaparecerían con el siguiente código.

Para Trujillo (2012), algunas particularidades de este código son las siguientes: define la propiedad de las minas y su explotación como actividad de utilidad pública e interés social; se privilegiaba a empresas y personas naturales de origen colombiano para la explotación, permitiéndose participaciones de hasta 20% para extranjeros; no existía la necesidad de la licencia ambiental y se la consideraba implícita en el título minero; se crearon autoridades y fondos destinados al fomento de la explotación.

.....
12 Para Tierra Digna (2013), este código fue el “marco normativo que contempló las primeras medidas y mecanismos concretos que favorecieron la instalación de capitales privados para el emprendimiento y desarrollo de proyectos mineros de amplias dimensiones para la extracción de carbón y ferroníquel, en los departamentos de Guajira, Cesar y Córdoba”.

Tal como fue explicado antes, el origen del actual esquema de explotación minera fue instaurado por el gobierno de Andrés Pastrana con la Ley 685 de 2001 (Código Minero), la cual a su vez fue la materialización del Consenso de Washington (2000). Tal política fue acentuada por los dos Planes de Desarrollo del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010) y especialmente por el Plan de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450, junio 16 de 2011)¹³ del gobierno de Juan Manuel Santos, el cual introdujo la denominación de “locomotora minero-energética”.

Dicho código fue modificado a través de la Ley 1382 de 2010; no obstante, la Corte Constitucional (2011b) declaró inconstitucional esa disposición¹⁴, pues “según el alto tribunal, la norma afectó directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues no se les garantizó el derecho fundamental a la consulta previa” (Ámbito Jurídico, 2012).

La Ley 685 de 2001 que derogó el antiguo Código Minero de 1988 (Decreto 2655) es un buen ejemplo de la intención de los gobiernos, desde la apertura económica en 1992 propuesta por el presidente César Gaviria, de ajustar el mercado colombiano a las demandas y necesidades globales. Así, el origen del actual Código Minero puede situarse en 1997, cuando el Ministerio de Minas de la época celebró un convenio de cooperación internacional con el Instituto Canadiense de Investigaciones en Energía (CERI), el cual determinaría en gran parte la estructura y el espíritu del código que vería la luz en 2001.

La inconveniencia de este tipo de convenios fue alertada en su momento por la Contraloría General de la República (2000), que hacía especial énfasis en la pérdida de información geocientífica y medioambiental del territorio colombiano, cuyo potencial de conocimiento se perdería para el país y representaría una ventaja para los actores internacionales que tuvieran acceso a ella (Fierro, 2012, p. 37). De hecho, actores como las empresas canadienses mineras actualmente están en el territorio colombiano¹⁵.

Entre los rasgos fundamentales del Código del 2001, Trujillo (2012) destaca los siguientes:

- Es demasiado permisivo con las empresas, por ejemplo, en el hecho de que en su artículo 204 indique que son ellas mismas quienes deben realizar los estudios

.....
13 El Plan Nacional de Desarrollo del gobierno Juan Manuel Santos dedicó los artículos 98 a 116 a explicar su propuesta de desarrollo minero y de expansión energética.
.....

14 En esta providencia, la Corte difiere los efectos de la sentencia por un lapso de dos años, debido a que “también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera”.
.....

15 La expedición de este nuevo código ha sido cuestionada por considerarse injustificada e impertinente la injerencia del Instituto Canadiense de Investigaciones en Energía (CERI), de cuyo país proviene la mayoría de IED destinada a la minería, en un proceso de acompañamiento y fortalecimiento institucional de entidades relacionadas con el sector. Por ello, es notorio que la normatividad se ajusta a los intereses de las empresas.

de impacto ambiental, así como el hecho de conferir la competencia para el otorgamiento de licencias a autoridades con poca capacidad institucional y señaladas por casos de corrupción.

- Es limitado, dado que no controla el uso de explosivos y otros medios que pueden generar grandes impactos.
- Trata de forma muy ligera el asunto del manejo de aguas.
- No exige la reconstrucción de los paisajes, capa vegetal y flora y fauna.

Adicionalmente, el autor reitera el carácter de la minería como una actividad de utilidad pública e interés social¹⁶, lo que trae como consecuencia la posibilidad de que, por vía legal, se efectúen expropiaciones de legítimos propietarios y poseedores para el desarrollo de esta actividad económica; sin embargo, el código no se pronuncia sobre el reasentamiento de las comunidades y su reconocimiento como sujetos colectivos de derechos.

En este punto es preciso aclarar que a lo largo de este capítulo sobre el contexto jurídico se incluirá una pequeña referencia a los antecedentes de cada una de las normas descritas. Ello cobra especial relevancia al momento de enfrentar y comprender cada una de las normas que regulan la actividad minera, pues como se verá, todas ellas tienen origen en intereses particulares de los gobiernos de turno (como fue el caso del actual Código Minero) o en compromisos internacionales que han impulsado la implementación de ciertas regulaciones, situación en la cual se ubica la mayoría de legislación de carácter ambiental.

Por ello, al contrastar el Código Minero con cualquier norma de carácter ambiental, es inevitable identificar una desconexión entre sus principios y objetivos, así como la ausencia de armonía entre estos. Tal fenómeno se debe a la inexistencia de una política pública integral y de largo plazo del Estado colombiano, que por el contrario la ha formulado al ritmo de los compromisos ambientales internacionales y la rentabilidad económica de los minerales en el mercado internacional. Entonces, para no caer en la estéril crítica de la incoherencia de la política pública colombiana, y para comprender el contexto jurídico colombiano de manera precisa, es necesario remitirse a los antecedentes históricos, económicos y políticos internacionales.

.....
16 El artículo 13 del Código de Minas dispone; "En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres".

Reglamentación ambiental

Como se expuso en los segmentos anteriores, uno de los principales inconvenientes para configurar un contexto jurídico minero es que existe una desconexión y, en algunos casos, una contradicción entre la normativa específicamente minera y la demás legislación. Por ello, existen leyes que desconocen parámetros impuestos por otras leyes anteriores, o incluso que se aplican conjuntamente aun cuando la aplicación de una implica la derogación material de la otra. Lo mismo ocurre con los ministerios, que regulan de manera aislada, se concentran en su sector y aplazan la colaboración para una acción conjunta y coherente.

De allí la insularidad de las políticas y del Código de Minas en concreto, de su interpretación y conocimiento deficientes de la legislación ambiental, étnica, territorial, etc. Y es que la política minera parece estructurarse no en función del recurso minero, sino de la captación de inversión extranjera y en la promoción de la confianza inversionista —lo que la convierte en una política económica más que minera—. Este panorama le deja al Estado la obligación de promocionar y fiscalizar la actividad minera, pero impidiendo la participación pública en esta¹⁷.

La desconexión entre política minera y ambiental, si bien ha producido una confrontación constante, también ha derivado en un ajuste de esta última en relación con los objetivos de la primera. Ello es especialmente visible en el campo del licenciamiento ambiental, cuyo devenir histórico explicaremos brevemente a continuación.

En la literatura especializada se reconoce la Ley Nacional de la Política Ambiental de Estados Unidos (NEPA), promulgada en 1969, como la precursora de lo que después se convertiría en la licencia ambiental (Toro, 2009; Arnstein, 1969). En este primer instrumento no se hablaba de “licencia ambiental” propiamente, pero se hacía referencia a dos elementos centrales de esta herramienta: el impacto ambiental¹⁸ y la evaluación de impacto ambiental (EIA).

La NEPA tuvo impacto en el ámbito mundial y llegó a ser replicada en más de 75 países (Toro, 2009), convirtiéndose en la inspiradora de la Directiva 85/337/CEE de la Comunidad Económica Europea, así como de algunas disposiciones del Código de Recursos Naturales (Código de RRNN). Decreto 2811 de 1974 de Colombia. Así, el título VI del Código de RRNN, artículos 27 y 28, establece los

17 Entre los principales cambios de la política minera que introduce la Ley 685 de 2001 se encuentra la anulación de la posibilidad de empresas mineras de capital público o mixto. Asimismo, instaura el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”, lo cual significa que el título minero se otorgará a quien primero lo solicite, sin tener en cuenta otros aspectos como la capacidad técnica. Dicho principio es inaceptable e incoherente desde la perspectiva ambiental.

18 En la sección 102, numeral C, la NEPA de 1969 dispone: “Todas las agencias federales del gobierno tendrán que: (C) Incluir en cada una de las recomendaciones o informes sobre propuestas para legislar u otros asuntos federales de importancia que afecten significativamente la calidad del ambiente humano, una detallada declaración sobre: (i) el impacto ambiental de la acción propuesta”.

instrumentos de la declaración de efecto ambiental, el estudio ecológico ambiental previo y la obtención de la licencia. Así, en 1974 por primera vez se habla del concepto de *licencia ambiental* y se impone la obligación de su obtención en caso de actividades que puedan generar deterioro ambiental.

Posteriormente, en el escenario internacional, en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), se presentarían dos de los acuerdos más importantes en el ámbito mundial: la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y el Convenio de Diversidad Biológica de 1992. Como resultado de los compromisos adquiridos por los Estados en la Declaración de Río de Janeiro, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 99 de 1993, conocida como la Ley Ambiental.

En su título VIII, esta última ley configura los lineamientos generales de las licencias, cuándo son obligatorias, cuál es su significado, cuáles son sus objetivos y características, quiénes las pueden otorgar, etc. La evolución del licenciamiento en Colombia puede verse claramente en los decretos reglamentarios de este título VIII, los cuales han sido abundantes, con poca duración individual y con una evidente disminución en las exigencias de carácter ambiental.

La primera regulación de este título VIII sobre las licencias ambientales comienza con el Decreto 1753 de 1994, que impone la obligación de obtener licencia ambiental a 42 sectores productivos y exige póliza de cumplimiento a la exploración minera y a la minería a cielo abierto.

Tan solo un año después, el Decreto 1753 es derogado por el Decreto 501 de 1995, el cual disponía que el Gobierno Nacional podría determinar los casos en los que no sería necesario solicitar licencia ambiental, sino que bastaría con la presentación de un Plan de Manejo Ambiental para iniciar las actividades mineras. Sin embargo, el Decreto 501 fue declarado inexecutable el año siguiente por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-433 de 1996.

En 1997, mediante el Decreto 883, el Gobierno intentó nuevamente facilitar el proceso de licenciamiento, sustrayendo a una serie de actividades de la obligación de obtener licencia ambiental (obligación dispuesta por el Decreto 1753), para lo cual debían presentar en su lugar un documento de evaluación y manejo ambiental. No obstante, el Decreto 883 fue declarado nulo, esta vez por el Consejo de Estado el 20 de agosto de 1998 (magistrado ponente: Manuel Urueta Ayola). Infortunadamente, durante el año de vigencia del Decreto 501 de 1995 y del Decreto 883 de 1997, varios proyectos mineros recibieron la autorización de la autoridad ambiental para iniciar actividades de exploración y explotación minera sin haber obtenido licencia, y sin tener que obtenerla después de que comenzaron actividades.

Debido a la declaratoria de nulidad de los decretos 501 y 883, el Decreto 1753 de 1994 continuó vigente hasta 2002, cuando fue sustituido por el Decreto 1728 de 2002, promulgado el último día del mandato de Andrés Pastrana. Este decreto elimina el requisito de obtener licencia a 21 de las 45 actividades que tenían la obligación de solicitarla. Un año después, el gobierno de Uribe Vélez promulga el Decreto 1180 de 2003, que a su vez será derogado en el 2005 por el artículo 41 del Decreto 1220, que a su vez tendrá una vigencia de 5 años, hasta que en el 2010 sea derogado por el artículo 52 del Decreto 2820, normativa que es promulgada dos días antes de la terminación del segundo periodo presidencial de Uribe.

En el gobierno de Juan Manuel Santos se presenta una nueva modalidad de modificación del régimen de licenciamiento ambiental: modificar el título VIII de la Ley 99 de 1993, mediante la Ley 1450 de 2011, esto es, a través del Plan Nacional de Desarrollo. Así, por ejemplo, mediante el artículo 223 modifica el artículo 57 de la Ley 99, con lo cual se reduce de 45 a 30 días hábiles el plazo de la autoridad ambiental para fijar los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental.

Finalmente, el decreto vigente en la actualidad es el 2041 de 2014, que derogó el Decreto 2820 de 2010, y sobre el cual pesa una demanda de inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.

Derechos y explotación minera

Uno de los escenarios problemáticos es precisamente la tensión entre derechos y la explotación económica de los recursos naturales, tal como lo ha reconocido la Procuraduría General de la Nación. Así lo explica Ramírez (2011):

El 80% de las violaciones a los derechos humanos que ocurren en Colombia se presentan en los municipios mineros-petroleros (el 35% del total nacional); el 87% del desplazamiento forzado sale de estos municipios y quienes reciben regalías por producción minero-energética; el 78% de los crímenes contra sindicalistas, 89% contra indígenas y 90% contra afrodescendientes se cometen en áreas minero-energéticas (citado en Garay, 2013b, p. 63).

Con relación a las violaciones de derechos humanos y hechos de violencia y vulneración asociados al desarrollo de actividades económicas mineras en el país, la organización no gubernamental Tierra Digna (2013) presentó un informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el desarrollo de políticas mineras en América Latina, particularmente en Colombia, y los impactos que el desarrollo de proyectos económicos de este campo ha tenido frente al respeto de

las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Este estudio tuvo un objetivo concreto:

Visibilizar los perjuicios que en materia de derechos humanos ha ocasionado la extracción de minerales en las condiciones y dimensiones que hoy se conocen en diferentes países del continente americano y cómo ellos suponen una vulneración y un riesgo para el pleno goce y disfrute de las libertades protegidas por diversos instrumentos de orden internacional y disposiciones del ámbito nacional, particularmente en detrimento de comunidades y sectores sociales en situación de vulnerabilidad manifiesta.

En tal documento se destaca la vulneración de diversas tipologías de derechos humanos¹⁹ en el contexto de una política económica y de desarrollo, entre las cuales se recalcan el desconocimiento material del derecho a la consulta previa y los impactos en la calidad ambiental y en la salud. Respecto a estas últimas, entre habitantes de zonas aledañas a la explotación “sobresalen las enfermedades respiratorias, dérmicas y gástricas”. Además, se señalan situaciones de violencia directa legal e ilegal, como la represión excesiva a los hechos de movilización social de las comunidades en defensa del territorio y sus derechos por parte de la fuerza pública, así como la connivencia con grupos armados ilegales que han perpetrado amenazas, lesiones y asesinatos contra líderes que se oponen a este tipo de proyectos, así como el desplazamiento forzoso de poblaciones. Al respecto, Garay (2013) señala:

Una situación emblemática y especialmente preocupante es la convergencia geográfica detectada por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – Codhes (2011) entre municipios expulsoras de población desplazada interna, incluso en los que se presentan desplazamientos masivos, con Zonas de Consolidación y Coordinación de Acción Integral (CCAI) y municipios de interés para la inversión nacional e internacional por la actividad minera (p. 63).

De igual manera, como se desarrollará más adelante, se ha indicado la vulneración de derechos laborales relacionados con la agrupación sindical a través de formas precarias de contratación y la violencia contra líderes de los trabajadores (Hawkins, 2014).

Por otra parte, la Contraloría General de la República ha señalado que uno de los principales impactos de salud y ambientales de la actividad minera en el

19 Garay (2013) presenta la siguiente tipología de las vulneraciones: “Coincidencia espacial entre la presencia minera y graves atentados contra las libertades y derechos de carácter civil y político, y crímenes que atentan contra la dignidad humana, relacionados con a) desplazamiento forzado interno y confinamiento territorial de poblaciones (vinculados a homicidios selectivos, desapariciones forzadas, amenazas, masacres y torturas); b) violencia anti-sindical; c) vulneración de derechos asociados a la supervivencia física y cultural de sujetos colectivos de especial protección constitucional” (p. 63).

territorio es “la presencia en varios puntos de esta región de material particulado que excede los máximos permitidos por las normas de calidad del aire, por lo que se pone en peligro la salud humana y la calidad de vida de los habitantes” (p. 4).

Ahora bien, para avanzar en el estudio de lo que ha sucedido con las poblaciones de El Hatillo, Boquerón y Plan Bonito, a continuación se presenta la síntesis del avance de estudio sobre cuatro ejes para el análisis jurídico, en función de comprender, desde una perspectiva de los derechos, la tensión que se está presentando entre la explotación minera y las poblaciones que habitan los lugares de influencia. En primer lugar se mostrarán los avances en relación con los marcos de regulación y explotación del carbón en Colombia; en segundo lugar, el avance sobre la regulación jurídica de los planes de reasentamiento y su vínculo con el reconocimiento de nuevas formas de desplazamiento de las poblaciones; en tercer lugar, la importancia de los derechos de participación y de acceso a la información de las comunidades en relación con los procesos de explotación minera; y, finalmente, la necesaria configuración de una perspectiva de protección de los derechos sociales, económicos y culturales que debe hacerse compatible con el desarrollo económico del país.

Marcos de regulación constitucional de la explotación del carbón en Colombia

Derechos humanos y derechos constitucionales como límites al ejercicio de las actividades extractivas

La Constitución Política ofrece el primer marco para el desarrollo de la actividad minera en el país, ya que desde el preámbulo y en los primeros artículos se reconoce la protección de las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida de los habitantes. En tal sentido, el artículo 8 establece la protección ambiental, en tanto el artículo 79 lo desarrolla como un derecho que tienen los colombianos: gozar de un ambiente sano. Por su parte, el artículo 80 establece la obligación de que la explotación de los recursos naturales debe llevarse a cabo de manera planeada y permitir, en todo caso, un desarrollo económico sostenible:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

El reconocimiento de los derechos ambientales ha sido un proceso histórico que ha derivado en que la regulación normativa en Colombia se caracterice por dos rasgos: el carácter parcial y sectorial del objeto por abordar (hace falta una perspectiva integral sobre el ambiente, donde no se identifiquen solamente los sectores que han de regularse, sino que se entienda la complejidad e interacción de los elementos del ambiente y sus impactos sobre el bienestar y la dignidad humana²⁰ y la noción instrumental de la protección ambiental, encaminada a sostener los procesos de explotación y la idea de protección basada en la apropiación de los bienes y recursos de la naturaleza.

Si bien ha existido una normatividad precedente, “es principalmente en las últimas tres décadas del siglo XX y el tiempo que llevamos del nuevo siglo, que las preocupaciones por el ‘ambiente’, entendido en su integralidad, se han hecho más urgentes” (Mesa Cuadros, 2007, p. 85) y se ha comprendido su carácter global y complejo.

Si bien algunas de las primeras regulaciones estuvieron enmarcadas en la protección del ambiente, entendido como fuente de recursos, y se planteaban en términos de garantía de condiciones sanitarias y respeto para la salud humana, en la actualidad esto se ha enfocado desde otra perspectiva:

Como condición que asegura el logro de la protección de fines como la vida, la salud y la calidad de vida de los seres humanos, a pesar de que en los contextos nacional e internacional sigan teniendo un gran peso los factores económicos, comerciales y productivos (Mesa Cuadros, 2007, p. 87).

Lo anterior plantea dos ideas relevantes para la investigación: en primer lugar, entender la reflexión sobre la protección ambiental como una discusión que, en última instancia, versa sobre los derechos de los seres humanos; en segundo lugar, plantear las tensiones que se presentan entre la realización efectiva de los derechos —particularmente los ambientales— y el modelo de desarrollo y productivo en actividades económicas como la minería (relación de tensión entre economía y derecho).

Citando a Robert Alexy, Mesa Cuadros (2007) indica que el *derecho fundamental ambiental* corresponde a cuatro tipos de medidas: una abstención del Estado de realizar determinadas intervenciones (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho de afectaciones por parte de terceros (derecho a protección), un derecho a la intervención y participación de la comunidad en las

20 Al respecto, la Corte constitucional (2010) ha indicado que “la persona y su dignidad no pueden ser desligadas del medio ambiente, en cuanto la existencia misma se desarrolla en un entorno cuya sanidad y conservación deben ser objeto de garantía”.

decisiones ambientales (derecho a la participación, que en este caso implicaría la realización de la consulta previa, completa información de la ciudadanía sobre los posibles impactos y planes de mitigación, etc.) y, finalmente, un derecho a que el Estado tome medidas concretas para mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica) (p. 91).

Por su parte, la Corte Constitucional (2010) ha reconocido que a partir la Constitución de 1991 ha habido una constitucionalización del derecho ambiental que implica el reconocimiento de una *Constitución Ecológica*, la cual habrá de orientar y limitar las definiciones y decisiones tanto del legislador como de la administración en materia de los impactos que puedan tener actividades sociales, militares, sociales o económicas del Estado y de los particulares. Se toma aquí como criterio fundamental el derecho a un ambiente sano, que le corresponde a todas las personas que habitan el territorio. En ese sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-703 de 2010, ha indicado:

Es deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines, siendo el Estado el encargado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; y de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. En estas condiciones, el medio ambiente es un bien jurídico que es a la vez un derecho de las personas, un servicio público y, ante todo, un principio que permea la totalidad del ordenamiento.

Asimismo, en el nuevo contexto constitucional se han identificado como principios ambientales los de *prevención* y *precaución*. El primero se concibe como la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental, así como proyecciones y previsiones necesarias sobre las repercusiones que puede implicar el desarrollo de cierta actividad económica sobre el ambiente y las condiciones de vida de los seres humanos. En el caso del segundo, se indica que en las situaciones en que no se conocen con precisión los posibles impactos de una actividad, con base en la precaución es necesario abstenerse de realizarla (Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 2014).

En un pronunciamiento anterior sobre el principio de precaución, la Corte le dio una interpretación restrictiva, al sostener que este no puede aplicarse de manera arbitraria cada vez que no se conozcan los posibles efectos de una actividad para impedir su realización, sino que este debe funcionar como un filtro en que, con base en el conocimiento limitado que se tenga sobre el tema, la autoridad realice una

evaluación: “En los casos de que haya sido detectado un riesgo potencial, el principio de precaución obliga a las autoridades a evaluar si dicho riesgo es admisible o no, y con base en esa evaluación deben determinar el curso de acción” (Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004).

En relación directa con el derecho a un ambiente sano se encuentra el derecho a la salud, con raigambre constitucional y que, como consecuencia de la actividad minera, ha sufrido algunos impactos negativos. Para el caso del carbón, estos impactos se manifiestan fundamentalmente en la pérdida de calidad del aire y el desarrollo de problemas respiratorios. Si bien no se han realizado investigaciones sistemáticas y organizadas sobre posibles impactos en la salud de trabajadores y habitantes de las zonas donde se desarrolla actividades mineras, lo que da cuenta de un aparente desinterés de las autoridades por el asunto, con fundamento en el principio de *precaución* la Corte Constitucional ordenó al Ministerio de Ambiente cumplir con sus funciones de vigilancia y control y ordenó a la empresa Drummond modificar las prácticas que podrían lesionar el derecho a la salud de los habitantes de los territorios aledaños a zonas de explotación (Sentencia T-154 de 2013). Sobre este caso y la precaria información suministrada por las empresas, apunta Rudas (2013):

Ante la ausencia de información específica suministrada por las autoridades competentes o por organismos especializados que sirvieran de soporte técnico para tomar la decisión, de todas formas la Corte falló en defensa de los derechos de la persona que instauró la tutela. Situación que refleja la gran debilidad, cuando no negligencia, de los entes de vigilancia y control de la actividad minera y de sus efectos sobre el ambiente y la salud de las personas (p. 19).

Pero no solamente las disposiciones de rango constitucional que están involucradas directamente con la práctica de explotación minera y el respeto del medioambiente deben ser tenidas en consideración; también es necesario tener en cuenta las múltiples disposiciones que en cada situación se ven comprometidas. En el caso de la región de El Hatillo, Plan Bonito y Boquerón²¹, es preciso tener en cuenta los derechos que se indican a continuación.

Derecho a la propiedad privada

El marco jurídico colombiano reconoce el derecho a la propiedad privada y también le asigna una función social, de tal modo que este sea compatible con

21 El marco constitucional que viene a continuación fue elaborado con base en la información de la Contraloría General de la República (2013), el Programa Mundial de Alimentos et al. (2013) y Holguín (2011).

el ejercicio de otros derechos e intereses. De acuerdo con esta situación, por un lado, en Colombia se reconoce la expropiación por utilidad pública y, por el otro, se restringe las posibilidades de adquisición de dominio de algunos bienes, como es el caso del subsuelo y los recursos naturales que pertenecen a la nación. El artículo 58 de la Constitución señala:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

En el caso de estudio, además del fenómeno del reasentamiento, que se analizará ulteriormente, se han presentado situaciones en relación con los derechos de propiedad privada de los habitantes, dado que se han realizado cercamientos y desvíos de los cursos del río (Programa Mundial de Alimentos [PMA] *et al.*, 2013, pp. 4-16).

Derecho al trabajo

En el artículo 25 de la Constitución, el trabajo se consagra como derecho fundamental al cual deben acceder todos los ciudadanos en condiciones dignas. En el caso concreto, resulta necesario abordar la dimensión laboral por la naturaleza del conflicto que se desarrolla, dado que se han modificado las actividades de los pobladores con la introducción de las actividades extractivas: un número determinado se debe emplear ahora en las actividades de minería, en tanto otros pierdan sus fuentes de ingreso. Así, por ejemplo, la situación en El Paso muestra que a pesar del volumen de la extracción minera, el nivel de empleo de las familias autóctonas es bajo; se estima que “un 18% de los hogares tienen al menos una persona empleada en la minería de manera formal” (PMA *et al.*, 2013, p. 8).

En relación con el derecho al trabajo y la negociación colectiva, Hawkins (2014) indica dos fuentes fundamentales de vulneración: la violencia directa contra sindicalistas y las condiciones de salubridad y seguridad en el trabajo.

Sumado a las trabas que las formas de contratación en el sector minero imponen a la posibilidad de organización sindical en Colombia y a la reivindicación de los derechos colectivos de los trabajadores, hay que resaltar que existe continuidad de

hechos de violencia contra sindicalistas al menos hasta el 2013. Si bien el Gobierno Nacional ha desarrollado un discurso en el cual se destaca el respeto por los derechos de sindicalistas en el país, más que una realidad, esto parece ser una mera enunciación dirigida a permitir la aprobación de tratados de libre comercio con Europa, Estados Unidos y Canadá, a pesar de una reducción en este tipo de hechos en 2010:

Se podría decir que ese incremento está asociado con el aumento en la actividad organizativa sindical en el subsector carbonífero, particularmente con las campañas de afiliación y los procesos de negociación colectiva, muchos de los cuales iniciaron en 2011 Sintracarbón y Sintraminenergética-Funtraenergética. Dirigentes sindicales de ambas organizaciones han indicado que a pesar de las enormes ganancias y de los muchos favores otorgados por el gobierno nacional y el Congreso a las empresas mineras y petroleras, estas continúan con sus prácticas de ignorar o limitar los derechos laborales fundamentales de los trabajadores (PMA *et al.*, 2013, p. 33).

Por otra parte, en lo que se refiere al impacto de la salud en los trabajadores, deben distinguirse dos tipologías: los que tienen que ver con accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales. Sobre el primer aspecto, se reporta que durante el 2014 la industria del carbón fue una de las que presentó mayores accidentes de trabajo, con 6727 casos, de acuerdo con la Federación de Aseguradores Colombianos. No obstante, si se tiene en cuenta la alta informalidad del sector y que tan solo 35,5% de la población colombiana ocupada está afiliada a riesgos profesionales, esta cifra puede ser mucho mayor:

En términos de mortalidad en el trabajo, la industria de carbón es la actividad económica con las tasas más altas del país. Durante 2013 hubo treinta y siete muertes en este sector, y 8,5% de todas ocurrieron en el sector de minas. Con respecto a emergencias mineras, en 2011 fueron cien, que dejaron ciento veintisiete personas fallecidas; en 2012 los accidentes fueron noventa, que dejaron ciento un muertos; y durante el primer trimestre de 2013 hubo noventa emergencias mineras (PMA *et al.*, 2013, p. 35).

Ahora bien, en relación con los impactos de enfermedades ocupacionales en la salud de los trabajadores, que suelen ocurrir como consecuencia del desarrollo de la actividad extendida en el tiempo, se identifican la neumoconiosis (o enfermedad de los pulmones negros, asociada a problemas respiratorios), artrosis, sordera y las derivadas de someterse a altas dosis de vibraciones.

Uno de los pocos estudios sobre el tema es el desarrollado por Verbel (2011), en el que se indica que la explotación de carbón es la que mayores impactos ambientales tiene, tanto en las etapas de producción, que incluyen el transporte, como durante su consumo. Los mayores problemas relacionados con la contaminación y sus posibles afectaciones para la salud humana se identifican con la calidad del aire:

Siempre el punto de mayor preocupación en este sector es la generación de partículas, las cuales, luego de un periodo considerable de tiempo de exposición por inhalación, bien sea por mineros o personas que habitan en los alrededores de las minas, puede eventualmente desembocar en diversidad de patologías pulmonares, en particular la neumoconiosis, enfermedad inflamatoria de los pulmones que puede conducir a una pérdida total de la función pulmonar. (p. 13).

Si se desarrolla en exceso, la neumoconiosis hace más susceptibles a las personas a adquirir una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, ya sea como bronquitis o enfisema. Además, la exposición a partículas PM10 y PM2.5 puede llegar incluso a causar cáncer de pulmón. En varios países del mundo, como China, Brasil y Estados Unidos, se ha establecido una “probable asociación entre la producción de carbón y la alta prevalencia e incremento de la mortalidad por enfermedades cardiopulmonares, cáncer y enfermedades renales, en habitantes de las cercanías a las minas de carbón” (p. 15).

Con relación a los impactos sobre la calidad del aire de la actividad minera del carbón, en un estudio comparativo de calidad del aire en varias regiones del país, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia (Ideam, 2012) identifica que en la zona minera del Cesar, a la cual hace seguimiento la Corporación Autónoma Regional del Cesar (Corpocesar), se monitorea presencia de “Partículas Totales Suspendedas (PST), material particulado menor a diez micras (PM10), partículas menores a 2.5 micras (PM2.5) y monóxido de carbono” (p. 150).

Frente a la concentración de gases que pueden afectar la salud humana, se identificó que en las estaciones de “La Loma Centro, La Loma 2, Boquerón, La Jagua Vía y Plan Bonito sobrepasaron el límite permisible establecido por la norma nacional”; no hay una clara tendencia al aumento o disminución. En cuanto a la concentración de PM10, se encuentra una tendencia al incremento en las mismas estaciones, y se alcanzan los más altos niveles en 2008 y 2010, con concentraciones superiores a 90 µg. Más adelante, el Ideam (2012) concluye que las mayores concentraciones del PM10 que se encontraron en varios territorios estudiados “se presentan en la jurisdicción de Corpocesar debido a la actividad minera que se desarrolla en la zona, llegando a valores de 312,52 µg/m3 en el año 2010” (p. 250).

De acuerdo con el cálculo del Índice de Calidad del Aire (ICA), se encuentra que para la zona minera del Cesar, el porcentaje de aire con calidad “buena” es del 71,68%, y del 26,88% “moderada”, esto es, que “las concentraciones de PM10 diarias pudieron causar posibles síntomas respiratorios, agravamiento de enfermedades cardiopulmonares y afectación a la salud en adultos mayores y niños menores de 5 años”. Finalmente, se identifica que una concentración del

1,30% de calidad “dañina a la salud para grupos sensibles” (p. 162). Los niveles de concentración del aire que pueden ser nocivos para la salud en la zona minera del Cesar se encuentran por encima del promedio de las zonas analizadas en este estudio.

Derecho a la participación

La participación de las comunidades tiene fundamento constitucional en el artículo 79, especialmente cuando señala que “la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla”. En el caso concreto, su desarrollo se manifiesta en la necesidad de que los miembros de la población no solo tomen parte activa en las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales y sus territorios, sino también que, en los casos de reasentamiento, su voz sea escuchada y todos estén enterados de la información que se produzca con ocasión del plan de reasentamiento que se adelante.

Lo anterior es muy significativo si se tienen en cuenta las conclusiones de la Contraloría General de la República (2013) respecto a cómo se ha adelantado el proceso de reasentamiento de las comunidades: “Existe una asimetría en el acceso a la información entre el Estado, el operador (y) el interventor (del reasentamiento) y la comunidad” (p. 36).

Asimismo, la Contraloría General de la República (2013) ha establecido que “la legislación expedida para regular el proceso de licenciamiento ha propiciado un cierto grado de debilitamiento de los mecanismos de participación ciudadana” (p. 171), toda vez que elimina el deber en cabeza del titular del proyecto de garantizar de manera oportuna y cualificada el suministro de información suficiente y periódica a la población interesada. Con ello se limitan las posibilidades de una participación activa y decisiva de la ciudadanía.

Incluso, el estudio hecho por la Contraloría General de la República (2006) respecto a las entidades encargadas del licenciamiento ambiental concluyó: “No se tienen mecanismos eficaces que le permitan a la ciudadanía acceder a la información y a los espacios para participar de manera efectiva y cualificada en los procesos de trámite, expedición y seguimiento de las licencias ambientales” (p. 187).

La constatación que hace este organismo de control público se hace aún más preocupante si se ponen en consideración el contenido y el alcance del concepto de participación, que de acuerdo con los estudios teóricos y doctrinales distan mucho del derecho a la información, que es al que hace referencia la Contraloría.

Tanto en la literatura especializada como en los instrumentos internacionales y en la normativa colombiana se usan amplia y frecuentemente los términos *participación*

y *derecho a participar*; empero, las implicaciones que de allí se desprenden varían según cada intérprete. Ello hace que el mismo concepto de *participación* pueda referirse —lo que algunos autores llaman “formas de participación”— a provisión de información, consulta, toma de decisión compartida (Glucker *et al.*, 2013) e incluso consentimiento indispensable (Barton, 2002, citado en O’Faircheallaigh, 2010, p. 22).

En ese aspecto se ha propuesto igualar la *participación* con la *consulta* (Wood, 2002), identificación que es rechazada por otros autores (O’Faircheallaigh, 2010; Hughes, 1998), cuando sostienen que el contenido de la *participación* se debilita al igualarlo con otras categorías, y que por definición el sentido de la participación debe tener un mayor grado de influencia en el proceso de toma de decisión, en comparación con la consulta o la información.

Así, por ejemplo, Wood (2002, p. 277), después de revisar ocho sistemas legales de licenciamiento ambiental, llega a la conclusión de que la *participación* puede abarcar varios aspectos: a) la provisión de información, b) distintos tipos de consulta y c) el control público directo. Una clasificación parecida es efectuada por Hughes (1998), para quien la participación debe ser el “proceso que permite a los afectados influir significativamente en el proceso de toma de decisión”. En la misma dirección, pero radicalizando la propuesta, Arnstein (1969) recomienda entender la *participación* como un arma de empoderamiento de los marginados, como la posibilidad de los afectados de influir en las decisiones que por razones económicas, sociales y políticas no están en sus manos, pero que afectan su bienestar y calidad de vida, así como los derechos fundamentales a la vida, a un ambiente sano y a la salud.

La anterior disquisición acerca de lo que debe entenderse por *participación* en el contexto del licenciamiento ambiental de la explotación minera cobra relevancia en el ámbito constitucional. Recordemos que el artículo 79 de la Constitución nos habla de “participación”, pese a lo cual los decretos reglamentarios²² del proceso de licenciamiento ambiental se limitan a incluir el derecho a la información de los ciudadanos afectados respecto a las características del proyecto o la explotación minera; derecho que la Contraloría ha constatado no es respetado por las autoridades ambientales encargadas de su salvaguardia.

22 En el primer Decreto Reglamentario (1753 de 1994) del título VIII de la Ley 99 de 1992 no se incluyó ninguna referencia a la participación ciudadana. Después, el Decreto 1728 de 2002 establecería: “Las comunidades localizadas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, deberán ser amplia y adecuadamente informadas en relación con la naturaleza del mismo, los impactos ambientales identificados y sobre las medidas previstas en el plan de manejo ambiental [cursivas agregadas]”. El Decreto 1180 de 2003 mencionaría expresamente la obligatoriedad de realizar la consulta previa a comunidades negras e indígenas que habitaran el área de influencia del proyecto, obra o actividad, pero omitiría la obligatoriedad de informar periódicamente al resto de comunidad sobre las medidas previstas en el plan de manejo ambiental una vez iniciadas las actividades licenciadas, o sobre los resultados de la implementación del plan y las medidas correctivas que de este se deriven. El anterior criterio persistiría en el Decreto 1220 de 2005 y el Decreto 1228 de 2012, que lo volverá a hacer explícito en su artículo 15. El mismo artículo 15 se mantendrá en el Decreto vigente 2041 de 2014.

Si de la literatura especializada puede inferirse que el derecho a la participación es distinto al derecho a la información, y que aquel incluye una influencia en la decisión final —por ejemplo de un proyecto de explotación minera de carbón—, entonces, entendido de esta forma, el mandato constitucional del artículo 79 tendría que comprender en primer lugar la garantía del derecho a la información. Esto significa que ante la llegada de un proyecto de explotación minera a un territorio, el titular de este y las autoridades públicas intervinientes deberían asegurar el conocimiento por parte de la población de las condiciones, las consecuencias y los impactos que conllevarían la realización del proyecto. Pero adicionalmente —y es en este punto donde el derecho a la participación se distingue profundamente del derecho a la información— la población directamente afectada por el proyecto de explotación tendría que tener asegurado su derecho a influir de manera concreta en la decisión final de efectuar o no el proyecto, y en caso de realizarse, de decidir las condiciones bajo las cuales deberá hacerse.

En consecuencia, al estudiar con un criterio constitucional estricto el cumplimiento del artículo 79 por parte de los decretos reglamentarios del licenciamiento ambiental que rigen la explotación minera, encontraríamos que estos no lo aplican de manera integral y precisa, pues solo cumplen, y en forma deficiente de acuerdo con la Contraloría (2006), con parte del derecho a la participación.

Derecho a la alimentación

La consideración de la explotación de minerales como problema alimentario se debe a que el viraje hacia la minería del carbón ha transformado las actividades productivas de la región. De acuerdo con el informe conjunto liderado por el Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, en las tres poblaciones que se visitaron se pudo constatar la reducción de las actividades de cultivo (PMA, *et al.*, 2013, pp. 5-17), debido a transformaciones socioeconómicas, entre las que se cuentan los cambios de ocupación y empleo y la privatización de la propiedad de la tierra.

Esta situación conduce, a su vez, a una reducción de los niveles de alimentación: en el 2012 el promedio de consumo de alimentos en las comunidades visitadas es de 2,25 comidas por día, cuando en Colombia el promedio de consumo de comidas al día es de 3 y, en ocasiones, se reportan niveles de la población que consumen alimentos livianos entre cada una de las comidas (PMA *et al.*, 2013, p. 14).

Tal fenómeno, además de ser analizado desde los desarrollos internacionales —como el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales de las Naciones Unidas—, debe tener en cuenta el marco constitucional colombiano, que, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-348 de 2012, establece un marco de protección especial a la producción alimentaria en los artículos 64, 65, 66, 78 y 81 de la Constitución. De la batería de disposiciones anteriores se destaca el artículo 65, en el que se señala:

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado (y) se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

Derecho a la protección familiar y el interés superior del niño, niña o adolescente

Otro aspecto que tiene una relevancia importante en este contexto es la protección constitucional establecida frente a la familia y sus miembros en el artículo 42 de la Constitución. Este reconocimiento de la institución familiar como núcleo de la sociedad establece que su protección integral es corresponsabilidad del Estado y la sociedad. Por su parte, el artículo 44 consagra la prevalencia de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia de “garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. En el caso concreto, las afectaciones dadas por la explotación de carbón tienen incidencia sobre estas consagraciones constitucionales, en la medida en que los desplazamientos tienen efectos directos en las dinámicas y estructuras familiares. En muchas ocasiones, los niños ven afectada la garantía de sus derechos, como el acceso a la educación, la salud, el derecho a una familia y no ser separado de esta, entre muchos otros.

Garantía de igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres

La Constitución también declara en el artículo 43 la protección de la mujer ante discriminaciones negativas, al manifestar que ella tiene igualdad de derechos y oportunidades. En el mismo sentido, las mujeres, así como otros grupos de protección especial, son las más afectadas en los reasentamientos en la economía familiar, por situaciones de violencia intrafamiliar y por la transformación de dinámicas comunitarias, sociales y familiares.

Protección del territorio y nuevas formas de desplazamiento: el caso de los planes de reasentamiento

Con relación a la protección del territorio y su nexo con la explotación de los recursos naturales, el derecho colombiano reconoce, a pesar de las protecciones especiales derivadas del vínculo entre el territorio y sus habitantes —como es el

caso de la protección de los territorios de los asentamientos afrocolombianos, dispuesta en la Ley 70 de 1993²³—, la posibilidad de desplazamiento de la población por razones distintas a la presión violenta de actores armados.

Estas formas de desplazamiento pueden derivarse o de desastres naturales o del desarrollo de actividades productivas. Morales y Molina (2003) establecen dos tipologías, que si bien son desarrolladas para el contexto urbano, pueden ser también aplicadas para ámbitos distintos:

- a) *Reasentamiento por desastre natural o alto riesgo*, “el cual se contempla para los casos donde la localización de las viviendas se ha desarrollado en terrenos inundables o inestables y el riesgo de deslizamientos o de anegación determinan la necesidad de un reasentamiento. También y de manera específica es el caso de las catástrofes por desastres naturales, siendo necesario adelantar la reconstrucción y el reasentamiento de un importante número de habitantes” (p. 20).
- b) *Reasentamiento por proyectos de desarrollo*, “determinado por la existencia de proyectos de modernización de la ciudad, consistentes en obra pública o de infraestructura de servicios, que requieren para su ejecución terrenos ocupados por asentamientos humanos. Dentro de este tipo también se incluyen los proyectos de recuperación ambiental, que buscan restituir zonas aledañas a cuerpos de agua o determinadas como espacio público” (p. 20).

El caso de la explotación minera, el Cesar muestra una situación ejemplar de reasentamiento por proyecto de desarrollo, también denominado “desplazamiento involuntario por desarrollo” (González, 2011, p. 8). Para su análisis es importante tener en consideración las siguientes disposiciones legales:

- a) La Ley 56 de 1981 y sus decretos reglamentarios, que ofrecen la base legal más adecuada, a pesar de la generalidad de sus criterios que giran en torno a la compensación económica para calcular los montos de la expropiación.
- b) En segundo lugar, un instrumento legal específicamente producido como consecuencia de la situación que se vive en el Cesar. Se trata de la Resolución 0970 de 2010, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que se ocupa de establecer unas pautas para el proceso de reasentamiento, así como unas directrices para el desarrollo de los planes de acción de este. Parte de la consideración de una serie de principios, como el de la protección del ambiente, el desarrollo sostenible, la proporcionalidad, la solidaridad y la precaución, aplicados al contexto ambiental (González, 2011, pp. 10-12).

.....
23 Una interesante investigación de esta relación es la desarrollada por el Observatorio de Discriminación Racial (2011, pp. 19-24), donde se abordan las disposiciones legales y jurisprudenciales a partir de un estudio de caso de explotación de recursos en territorios de asentamientos afrocolombianos.

- c) En materia de legislación minera, las leyes 685 de 2001 y 1382 de 2010 (Código de Minas) y su reforma (posteriormente declarada inexecutable en Sentencia C-366 de 2011), que reconocen la posibilidad de la expropiación de predios cuando sean requeridos para la actividad minera.

En la siguiente tabla se pueden ver los aspectos más relevantes de los instrumentos normativos señalados anteriormente:

TABLA 10. Relación de las normas internas aplicables al desplazamiento involuntario causado por explotación minera

Normatividad	Nombre	Artículo	Consideraciones
Ley 56 de 1981	“Por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica, y acueductos, sistemas de riego y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras”	7	En esta ley se establecen, entre otros aspectos, las compensaciones económicas y se dictamina cómo debe ser el pago por avalúo catastral de los predios adquiridos. Empero, no establece ni el procedimiento, ni el diseño, ni cómo deben ejecutarse los programas de reasentamientos
Resolución 0970 del 2010, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial	“Por la cual se establece la participación de las empresas Drummond Ltd., C.I. Prodeco S.A., Compañía de Carbones del Cesar S.A., hoy Sociedad Colombian Natural Resources I SAS y Emcarbon S.A., hoy Vale Coal Colombia Ltd. Sucursal Colombia, en el proceso de reasentamiento de comunidades ubicadas en el área de influencia de la explotación minera de carbón desarrollada por estas en el departamento del Cesar y se toman otras determinaciones”	Tiene como objetivo determinar la proporcionalidad en la participación de las empresas, para el reasentamiento de las poblaciones de Plan Bonito, Boquerón y El Hatillo (departamento del Cesar), como consecuencia de la contaminación atmosférica. En la parte inicial señala los plazos que deben tener en cuenta las empresas para efectuar el reasentamiento de poblaciones; el estudio técnico de contaminación; el concepto técnico del reasentamiento; la participación por empresa en el proceso de reasentamiento y los fundamentos legales de por qué se debe hacer. Asimismo, las disposiciones legales al ordenamiento territorial. Su fin es señalar el Plan de Acción que deben seguir las empresas	
		4	Define que el reasentamiento debe seguir las Políticas Operacionales (OP 4.12 de 2001) y la normatividad que ha desarrollado el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo sobre el reasentamiento involuntario. También argumenta que es primordial brindar y garantizar las condiciones para mejorar la calidad de vida, la capacidad productiva y los ingresos de las poblaciones que deben reasentarse, de tal forma que se les permita el ejercicio de sus actividades económicas y sociales. Luego se procede a explicar los parámetros bajo los cuales se debe hacer el reasentamiento.

Normatividad	Nombre	Artículo	Consideraciones
Ley 685 de 2001	"Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones"	186	Define los bienes expropiables. Estipula que por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social, podrá solicitarse la expropiación de bienes inmuebles, por naturaleza o adhesión permanente, y de los demás derechos constituidos sobre estos, que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones propias de la infraestructura y montajes del proyecto minero, para la realización de la extracción o captación de los minerales en el período de explotación y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes.
Ley 1382 de 2010	"Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas"	Pese a que esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es importante señalar que para efectos de este trabajo, se busca mostrar cómo habiéndose presentado cambios en el Código Minero, ninguno de ellos contempló qué hacer o cómo proceder en caso de un reasentamiento involuntario. Por último, y en lo que respecta a esta ley, es el artículo 27 el que tuvo relación indirecta con el tema de reasentamientos.	
		27	Está referido a la responsabilidad social empresarial. Las empresas mineras promoverán y efectuarán actividades de responsabilidad social, en un marco de desarrollo humano sostenible, que propendan a la promoción de comportamientos voluntarios, socialmente responsables, a partir del diseño, el desarrollo y la ejecución de políticas, planes, programas y proyectos que permitan el logro de objetivos sociales de mejoramiento en la calidad de vida de la población y la prevención y reparación de los daños ambientales en las regiones, subregiones o zonas de su influencia.

Fuente: Franco (2014, pp. 23-25).

Reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y su relación con los procesos de explotación minera en el país

Como se ha podido notar a lo largo de este recorrido, donde se plantean algunos escenarios jurídicos para el análisis de la problemática de la región indicada del Cesar, la tensión entre derechos de las comunidades y el desarrollo de proyectos de

explotación minera se erige también como el escenario donde cobra relevancia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Más allá del debate de la indeterminación de los DESC o del desarrollo progresivo de estos —debate que se ha desarrollado de manera prolífica en Latinoamérica, ya sea desde el punto de vista de los sistemas regionales de protección (Parra, 2011) o desde la fundamentación filosófica de estos derechos como fundamentales (Arango, 2012; Mesa, 2011)—, lo cierto es que para una aproximación en concreto a la situación de la explotación minera en la región del departamento es necesario analizar las pautas que permitan establecer mecanismos e instrumentos vinculantes para el acceso a la justicia por parte de las poblaciones y, de esa manera, armonizar el desarrollo económico del país con la vigencia de los DESC.

Las iniciativas que perfilan el discurso académico y de la sociedad civil respecto a la defensa de los derechos humanos o DESC impactados por la actividad minera, sumadas a otras actividades extractivas (Gudynas, 2012), han ido abriendo el campo de discusión sobre el derecho humano al ambiente sano, de su conformación como un bien jurídico independiente e incluso de su justiciabilidad como derecho social y fundamental (Galvis, 2012; Mesa, 2011; Sánchez, 2012; Vásquez, 2012).

El aspecto anterior es fundamental para conocer las formas de defensa (justiciabilidad) de los derechos humanos impactados por la minería, lo cual es parte del problema de investigación abordado. La idea del “ambiente sano” como un bien jurídico independiente ha sido un tema largamente tratado, pero que no ha pasado de la doctrina; por eso, en estricto sentido no se podría hablar de justiciabilidad²⁴.

La defensa del “ambiente sano” —reconocido hasta ahora como derecho colectivo— se ha buscado en conexidad con derechos reconocidos como fundamentales y respecto de los cuales se reconoce su justiciabilidad. Un ejemplo de ello ha sido la conexión establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre derecho al ambiente sano y el derecho a la vida²⁵, como en el caso Öneriyildiz contra Turquía (Castillo, 2011); o con el derecho al respeto a la vida privada y familiar²⁶, caso Tatar contra Rumania, López Ostra contra España (Castillo, 2011; Reina, 2004).

Piccolotti y Bordenave (2002) se preguntan en un contexto mundial en el que los derechos humanos tienen un gran alcance de justiciabilidad y donde

24 Sobre este concepto, para efectos prácticos entenderemos “la posibilidad de reclamar ante un juez el cumplimiento de las obligaciones y la realización de derechos que hacen a la protección del medio ambiente” (Romina y Bordenave, 2002). Por otro lado, Camargo (2007, p. 117) diferencia entre justiciabilidad (cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las “normas de aplicación inmediata” (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones), como por ejemplo los derechos civiles y políticos.

25 Artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

26 Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

las afectaciones al ambiente comprometen seriamente la mayoría de estos: ¿cómo pueden relacionarse ambiente y derechos humanos en el ámbito de la justiciabilidad interna de los Estados —o incluso mundial— e incorporar al plano ambiental el principio de derechos humanos, tales como los estándares de no discriminación, la necesidad de participación social, la protección de los grupos vulnerables, etc.? Así, dentro del ámbito del Sistema Interamericano proponen que la justiciabilidad del derecho ambiental debe estructurarse desde una perspectiva de derechos humanos, pues dicha relación posibilitaría aplicar al campo ambiental principios del ámbito de los derechos humanos, que ya tienen un reconocimiento global y que garantizan la efectiva justiciabilidad de estos últimos.

De esta manera se estructura la *justiciabilidad ambiental*, al enlazarse con el concepto de *acceso a la justicia*, ampliamente asentado en el derecho internacional de los derechos humanos. Se plantea además la protección del ambiente a través de la justiciabilidad efectiva y reconocida de derechos humanos, como el derecho a un recurso judicial efectivo (Piccollotti y Bordenave, 2002).

Abramovich (citado en Reina, 2004, pp. 91-92), haciendo referencia a los DESC, sostiene la tesis de que la condición de justiciabilidad requiere la identificación de las obligaciones mínimas de los Estados con relación a los derechos que se busca proteger. Señala también que ese es el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, que abarca tanto la formulación de las normas que consagran los derechos como la creación de órganos internacionales que velen por la aplicación y el respeto de los tratados en cuestión.

En este sentido, cobra relevancia la indagación de las formas de defensa de los derechos humanos impactados por la minería, pues tal averiguación iluminará aquellas *obligaciones mínimas* de las que habla Abramovich y permitirá elaborar con mayor precisión insumos mínimos vitales que devendrán de las condiciones de justiciabilidad de los derechos afectados por las actividades relacionadas con la explotación minera.

De acuerdo con lo anterior, hay tres elementos que deben ser tenidos en cuenta para analizar la relación entre la actividad minera y los DESC de las poblaciones comprometidas: a) la justiciabilidad de los DESC (o derechos ambientales o fundamentales, como han sido llamados por algunos teóricos), la cual ya se estudió previamente; b) el lugar de la consulta previa como garantía fundamental de la participación de las comunidades étnicas y su posible extensión a las comunidades campesinas; y c) los instrumentos internacionales en materia de casos de reasentamiento o desplazamiento involuntarios producidos por proyectos de desarrollo.

Consulta previa

Debe precisarse inicialmente que la consulta previa solo aplica a los pueblos indígenas y tribales definidos en el artículo primero del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1969. En el artículo 5 del convenio se dispone que en la aplicación del instrumento “a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. En tal sentido se establece en el literal *d* del mismo artículo 5 que tendrán que respetarse “la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”. En el mismo sentido, el artículo 8 señala a los Estados que “deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario”.

El breve recuento del Convenio 169 servirá para explicar la razón por la cual los pueblos indígenas y tribales cuentan con este especial derecho, cuya naturaleza no puede ser comparable al derecho a la participación, pues la consulta previa está dirigida a configurarse como una herramienta que permita la protección de otros derechos fundamentales de estos pueblos, como el derecho al territorio, a conservar su identidad étnica y su integridad cultural, social y económica particular (AB Colombia, 2013; ASFC, 2013; Codhes, 2012).

Además del Convenio 169, que es vinculante, existe otro instrumento internacional que es citado frecuentemente por los tratados de consulta previa: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007. Si bien esta declaración no tiene carácter vinculante, brinda elementos de juicio relevantes para el fortalecimiento del derecho fundamental a la consulta previa. Uno de sus avances más promisorios es la definición del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación²⁷; derecho que en el ámbito internacional siempre ha suscitado discusiones, puesto que la mayoría de Estados se han mostrado en contra de dicho reconocimiento.

En Colombia, la consulta previa ha sido elevada al rango de derecho fundamental por vía del bloque de constitucionalidad y de la adopción del Convenio 169 mediante la Ley 21 de 1991. En la Constitución Política de 1991 se destacan los siguientes artículos que buscan proteger los derechos de los pueblos indígenas

27 La declaración reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación: “En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 3); y de su derecho a la no asimilación forzada, en virtud de lo cual, los Estados están obligados, entre otras, a establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de “todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos” (artículo 8, numeral 2) (Codhes, 2012, p. 37).

y tribales: artículo 1, que define a Colombia como una república democrática, participativa y pluralista; artículo 2, que dispone como fin esencial del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”; artículo 7, que anota que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; artículo 9, que enuncia el principio de la autodeterminación de los pueblos; artículo 10, que reconoce la oficialidad de las lenguas y dialectos que emplean las comunidades en sus territorios; artículo 13, que establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”; artículo 40, que establece el derecho fundamental a la participación que posee todo ciudadano; artículo 246, que reconoce la potestad de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; artículo 330, origen específico de la Constitución Política, que protege la participación de las comunidades indígenas en el caso de la explotación de recursos naturales.

Con base en el artículo 330 se denomina a la consulta previa como un mecanismo que resulta en una manera particular de concretar el derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales en decisiones que pueden afectar de algún modo sus intereses legítimos y demás derechos protegidos por la Constitución. Se convierte así en el mecanismo de articulación de las acciones del Estado, los pueblos y los agentes económicos involucrados.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-769 de 2009, ha caracterizado la consulta previa de esta manera:

Una relación de comunicación y entendimiento, caracterizada por el mutuo respeto, la transparencia y la confianza recíproca entre los auténticos voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, en procura de:

- a) Que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos.
- b) Que igualmente sea enterada e ilustrada a cabalidad sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o variación sobre sus derechos, sus tradiciones y, en general, el hábitat.
- c) La comunicación abierta, oportuna, libre y sin interferencias extrañas, procurándose la convocatoria de los representantes legítimos, en todo lo que conduzca a “*participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso*”, todo para que de manera conjunta, consciente y sincera sean presentadas y valoradas las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, cuyas inquietudes y observaciones serán atendidas no solo en lo concerniente a los intereses primarios y directos, sino en torno a los valores superiores de preservación cultural y ecológica²⁸.

28 Para un análisis de los estándares del derecho internacional aplicables al mecanismo de consulta previa, ver Rodríguez (2010).

En materia de explotación minera, la consulta previa resulta ser un mecanismo necesario para articular los múltiples intereses que allí se presentan y para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, así como de asegurar la perduración de su integridad cultural, social y económica. La situación en Colombia en este punto plantea grandes retos, debido a que su estudio en muchos casos se realiza de manera formal, sin entrar a considerar de fondo los criterios de la comunidad respecto al desarrollo de los proyectos, o sin aportar toda la información necesaria para que la comunidad adopte una decisión fundamentada sobre el impacto de los proyectos.

La efectividad de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales de las poblaciones y comunidades queda muchas veces en entredicho con este mecanismo, que desde el Gobierno se trata como un mero procedimiento, y no como el derecho fundamental a la existencia de comunidades especiales protegidas por el derecho internacional. Por tal razón se ha destacado al respecto:

Las decisiones relativas a la utilización y explotación de los recursos naturales suelen tomarse sin respetar el derecho a la consulta previa, sin el respeto debido a las autoridades y procedimientos tradicionales y sin ajustarse tampoco al contexto cultural específico (Organización de Naciones Unidas, 2013).

En ocasiones, el desarrollo de estos proyectos no solo plantea retos para ciertos parámetros del hábitat, sino que también significa un impacto sobre la supervivencia de una comunidad o una población, como se ha podido observar en las poblaciones estudiadas en la presente investigación.

A pesar de que el derecho fundamental a la consulta previa ha sido vulnerado en repetidas ocasiones, es evidente que esta garantía constitucional le ha permitido a los pueblos afectados por proyectos de explotación minera —y de recursos naturales en general— recurrir a los esquemas de protección judicial para preservar su integridad, territorio y existencia, y para materializar su derecho a la participación.

No obstante, respecto a las comunidades campesinas o los ciudadanos comunes del territorio colombiano, el derecho a la participación no está jurisprudencialmente reconocido como susceptible de protección constitucional, como sí ocurre con los pueblos cobijados por el Convenio 169 de la OIT. Por ello, ante la concesión de un territorio donde habitan campesinos para la explotación minera, estos no pueden recurrir a la acción de tutela para exigir que las autoridades ambientales les respeten el derecho a la participación, como sí lo han hecho comunidades indígenas y afrocolombianas. Sin embargo, desde el campo académico y doctrinal se vienen desarrollando esquemas de protección

del derecho de cualquier ciudadano a participar en la decisión de implementación de un determinado proyecto minero.

Entre esos esfuerzos podemos contar el de la conceptualización de “justicia-bilidad”, que se expuso en la sección anterior. Adicionalmente, se ha sugerido la conceptualización de “derechos ambientales” (Mesa, 2011; Sánchez, 2012), cuya concepción comprende como *fundamentales* todos los derechos (incluido el de la salud, la participación, el ambiente sano, etc.). En la misma dirección se han desarrollado esfuerzos por extender el rango de protección que tiene el derecho a la consulta previa al derecho a la participación de las comunidades campesinas.

Instrumentos internacionales en materia de casos de reasentamiento o desplazamiento involuntarios

Con relación a algunos estándares sobre el reasentamiento involuntario, hay organismos supranacionales que han desarrollado una serie de pautas sobre el tema, como es el caso del Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo (Franco, 2014, pp. 18-21). El punto en común de los desarrollos de estas instituciones es la procura por evitar el reasentamiento, dejándolo para los casos en que ya no haya otra salida. Ello implica, a su vez, la reducción de los riesgos a través de proyectos con alternativas que no tengan como consecuencia el reasentamiento y, finalmente cuando este ocurra, que las condiciones de vida de los habitantes reasentados sean mejoradas o, por lo menos, sean sostenidas.

Por ejemplo, al examinar los documentos de los bancos regionales, se tiene que el Banco Interamericano de Desarrollo (1998) reconoce dos principios con relación al reasentamiento: cuando haya actividad productiva, se deben tomar todas las medidas posibles para que no suceda el fenómeno; y cuando no se pueda evitar el desplazamiento de la población, debe haber un plan que asegure las condiciones de vida de los habitantes. Por su parte, el Banco Asiático de Desarrollo (2012) traza estos principios de su política:

- (i) To avoid involuntary resettlement wherever possible; (ii) to minimize involuntary resettlement by exploring project and design alternatives; (iii) to enhance, or at least restore, the livelihoods of all displaced persons in real terms relative to the pre-project levels; and (iv) to improve the standards of living of the displaced poor and other vulnerable groups (p. 2).